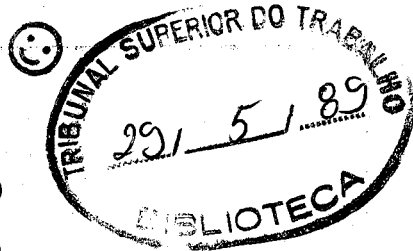
1937 — 1989

LEGISLAÇÃO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Fundador VASCO DE ANDRADE

Diretor Responsável
ARMANDO CASIMIRO COSTA

Redator
ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO

Coordenador AMAURI MASCARO NASCIMENTO

ANO 53 — N.º 4 — ABRIL DE 1989 — SP — BRASIL

A Revista LTr, com tiragem superior a 3.000 exemplares, e circulação em todo o território nacional, é repertório autorizado para indicação de julgados, registrado no Supremo Tribunal Federal sob n.º 009/85 e no Tribunal Federal de Recursos sob n.º 3/85. Os acórdãos publicados neste número correspondem na íntegra, às cópias obtidas nas Secretarias dos respectivos Tribunais.

Doutrina

PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO: "DE JURE CONSTITUTO" E "DE JURE CONSTITUENDO" (**)

MARLY A. CARDONE (*)

1. **"De jure constituto"** — O objetivo deste estudo é tentar examinar o alcance do inciso I do art. 7º da nova Constituição e, por essa trajetória, concluir sobre o quê ficou preservado do direito anterior à Carta Magna e quais as balizas da futura regulamentação.

Em primeiro lugar, é mister ressaltar que o referido nº I, que se inscreve: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos"; "deve ser interpretado face ao **caput** do art. 7º que reza": "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros** que visem à melhoria de sua condição social:" (grifamos).

Entre os outros direitos está o do inciso III do mesmo art. 7º que garante aos trabalhadores "fundo de garantia do tempo de serviço", vale dizer, não há mais estabilidade ou FGTS a serem escolhidos pelo trabalhador, consoante preceituava o art. 165, nº XIII da anterior Constituição. Conclusão: desaparece, desde 5 de outubro de 1988, a distinção entre empregados optantes e não optantes pelo FGTS, porque todos eles têm **direito** ao FGTS. Não há, portanto, mais razão, também, para as diferenças entre **contas optantes** e **contas não optantes,** daquela data para a frente.

Nestas circunstâncias, também após 5 de outubro de 1988 perdem eficácia para as pessoas que celebrem novos contratos de trabalho os arts. 477 a 479 da CLT, nos pontos em que tratam exclusivamente da indenização por tempo de serviço. Com efeito, se não haverá mais a necessidade de escolha entre regime CLT ou FGTS para regular a terminação do contrato, porque todos os novos empregados terão seus contratos disciplinados pela Lei 5.107/66, não há como se sustentar a vigência daqueles artigos, a não ser para os empregados não optantes pelo FGTS antes de 5-10-88 e só para o período que for até esta data.

Ademais, se todos os empregados têm direito ao FGTS e, portanto, a terminação de seus contratos está regida pelas normas da Lei 5.107/66 parece lícito afirmar que a estabilidade no emprego, regulada pelos arts. 492 a 500 da CLT, perde sua eficácia diante da nova Constituição. Conclusão inelutável, também é, que nenhum empregado pode adquirir estabilidade decenal após 5-10-88, ainda que não optante pelo FGTS antes daquela data.

Assim, quem não era optante pelo FGTS e completou 10 anos de serviços na mesma empresa, nos termos dos arts. 4º e 492 da CLT, antes de 5-10-88, terá a terminação de seu contrato regulada pelos arts. 493 a 500 da CLT.

Ainda por outro argumento se há de concluir que a estabilidade decenal desapareceu da disciplina jurídica brasileira. Cuidava ela de uma modalidade de proteção contra a despedida arbitrária? A resposta há de ser afirmativa, ainda que dependente a proteção, naquele sistema, do termo de 10 anos.

A definição que Mario Deveali dava em 1956 de estabilidade era a seguinte: "La estabilidad, en sentido proprio, consiste en el derecho del empleado a conservar el puesto durante toda su vida laboral (ou sea en el caso de existir jubilaciones o pensiones por vejez e incapacidad, hasta cuando adquiere el derecho a la jubilación o pensión), no pudiendo ser declarado cesante antes de dicho momento, sino por algunas causas taxativamente determinadas" (1). Tal definição doutrinária coincide com a do sistema legal brasileiro, dos arts. 492 a 500 da CLT.

Era ela, sem dúvida alguma, uma modalidade de proteção contra a despedida arbitrária.

O art. 10, nº I, das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece: "Até que seja pro-

(*) Marly A. Cardone é Livre-docente e Doutora em Direito do Trabalho pelas FDUFRJ e FADUSP — Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Social — Advogada.

(**) Aula proferida a 17-02-89 no "II Curso sobre direitos trabalhistas na nova Constituição", patrocinado pelo Instituto Brasileiro de Direito Social.

(1) "Lineamentos de Derecho del Trabajo", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pg. 315.

mulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I — fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º **caput** e § 1º da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966".

Ora, se a única proteção contra a despedida arbitrária que a Constituição reconhece é a mencionada pelo art. 10, a estabilidade decenal desaparece do direito positivo brasileiro com a nova Constituição.

Atente-se, agora, para os termos do nº I do art. 7º: a lei complementar há de dizer como será a **proteção** da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas não precisará definir o que é relação de emprego, despedida arbitrária ou sem justa causa, porque já existem conceitos destas três categorias no direito brasileiro e assim o legislador constituinte admitiu.

Com efeito, o art. 165 da CLT fornece o conceito de despedida arbitrária, sendo "... a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro".

O motivo disciplinar é um dos aspectos da justa causa ou um de seus tipos, mas é menos do que a justa causa, tal qual conceituada no art. 482 da CLT.

Já os motivos "técnicos, econômicos ou financeiros" serão razões ligadas ao desempenho micro ou macroeconômico da empresa, à técnica por ela utilizada que eventualmente deva ser modernizada (robotização). Contudo, para que a empresa alegue a necessidade de dispensar um ou mais empregados, fundada naqueles motivos, é preciso que a dispensa seja condição para sua sobrevivência ou não comprometimento do seu progresso, sob risco de serem violados os arts. 6º e 193 da Constituição. O primeiro declara serem direitos sociais a educação, a saúde, o **trabalho** e o 193 que "A ordem social tem como base o **primado do trabalho** e como objetivo o bem estar e a justiça sociais" (grifamos).

Como estar-se-á a defender o trabalho como direito social e mantê-lo como primazia da ordem social se, sem uma justificativa objetiva e muito bem fundamentada, for aceita a alegação de motivo técnico, econômico ou financeiro para deixar **sem trabalho** um ou mais empregados?

Como conseqüência, é inafastável a conclusão de que os empregados despedidos por motivo técnico, econômico ou financeiro (despedida não arbitrária, segundo o art. 165 da CLT) não fazem jus aos 40% instituídos pelo art. 10 das disposições constitucionais transitórias, mas têm direito ao saque do FGTS. Isto porque a Lei 5.107/66 só impede o saque nas hipóteses de despedida com justa causa ou demissão, ainda assim com ressalvas (art. 8º, nº II) e neste ponto a Lei 5.107/66 não foi tocada pela Constituição.

A pergunta que talvez reste há de ser que progressos os trabalhadores tiveram na disciplina jurídica da terminação de sua relação de emprego se perderam o direito a estabilidade no emprego (que existia no direito positivo, embora a praxis o tivesse eliminado) em troca do empregador poder despedir um número maior de casos — justa causa, motivos técnicos, econômicos e financeiros — sem qualquer ônus adicional?

Diríamos que, de pronto, a troca foi desequilibrada e o equilíbrio só se restabelecerá com a regulamentação do inciso I do art. 7º por lei complementar.

Um fato histórico talvez ajude a entender por que se chegou ao ponto indicado.

Em 11 de março de 1979, a Comissão Interministerial de Atualização da Consolidação das Leis do Trabalho, instituída pelos Ministros da Justiça e do Trabalho apresentou um relatório assinado por seu respectivo presidente, Ministro Arnaldo Süssekind, acompanhado do correspondente anteprojeto (2). Na página 21 do relatório há a seguinte informação: "Por iniciativa do professor Délio Maranhão, foi elaborado um texto visando a por fim ao sistema alternativo entre o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o da estabilidade no emprego. Nesse estudo preliminar, que foi encaminhado informalmente pelo Presidente da Comissão ao Governo Federal propunha-se a aplicação do FGTS a todos os empregados e, complementarmente alterava-se o atual conceito de estabilidade, adotando-se, a respeito, a teoria da nulidade da despedida arbitrária, na forma acolhida pelo legislador brasileiro em relação aos empregados eleitos para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes. Conforme foi assinalado no relatório de 20 de setembro de 1976 desta Comissão "o conceito de estabilidade adotado pela atual CLT não atende aos fins a que se dirige, pois se presta a abusos e distorções, já demonstrados na prática. Por outro lado, o regime do FGTS, que substitui, com vantagem, a indenização de antigüidade, não assegura a permanência do trabalhador no emprego". O precitado estudo, entretanto, não logrou êxito, tendo sido recomendado à Comissão a manutenção da vigência paralela dos regimes, tal como a muitos parece resultou do preceituado no inciso XIII do art. 165 da Constituição".

(2) Publicadas pelo Departamento da Imprensa Nacional.

As linhas da nova Constituição são as mesmas: 1) aplicação do FGTS a todos os empregados; 2) substituição da estabilidade pela teoria da nulidade da despedida arbitrária. Os termos da regulamentação que se fizer do inciso I do artigo 7º é que darão efetivamente os contornos do avanço, ou não, conseguido pelos trabalhadores.

Quanto à proteção da relação de emprego por tempo determinado, chamada estabilidade provisória, o art. 10 das disposições transitórias dispôs sobre a do "empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes" (inciso II, **a**) e "da empregada gestante" (inciso II, **b**). "Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, nº I da Constituição".

Os termos exatos são estes: "II — fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: **a**) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde que o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato **b**) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto".

Conclui-se, com facilidade, pela letra da lei e por tudo o que já dito até aqui, que a Constituição acolheu a teoria da nulidade da despedida arbitrária para trabalhadores em duas condições específicas: **a**) o empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; **b**) a empregada gestante.

"Não há qualquer razão para se dizer que a garantia outorgada pela Constituição é de estabilidade no emprego" e que os empregados mencionados só podem ser despedidos por falta grave apurada em inquérito judicial. Não (3). A Constituição fala em "dispensa arbitrária ou sem justa causa" e já sabemos que, para ambas, o direito positivo oferece conceitos, quais sejam, os dos artigos 165 e 482 da CLT.

Dúvida surge, sim, quando se deve interpretar a expressão **empregado eleito para cargo de direção** de comissões internas de prevenção de acidentes, porque a direção das CIPAS é entregue a um presidente **escolhido** pelo empregador dentre os designados como seus representantes e um Vice-Presidente escolhido pelos próprios empregados eleitos, dentre eles (NR 5 baixada pela Portaria 3.214, de 8-6-78, nº 5.13).

Mas se estes são escolhidos após sua eleição e os representantes do empregador não são sequer eleitos, **mas meramente** por eles indicados (NR 5, nº 5.9), como lhes assegurar o emprego desde o "registro de sua candidatura"?

O equívoco de usar a palavra "direção" se deve ao termo que já havia no art. 543 da CLT e foi, praticamente, repetido pelo art. 8º, nº VIII, da Constituição quanto à garantia do emprego ao empregado candidato a cargo de **"direção" sindical**.

Diante disto, visto que os empregados **eleitos** para as CIPAS são os representantes dos empregados, como titulares ou suplentes, serão eles os beneficiados com a proteção contra a despedida arbitrária. Ocorrendo esta, nos termos do art. 165 da CLT, aplica-se o parágrafo daquele artigo, isto é, caberá ao empregador, em caso de reclamação na Justiça do Trabalho comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados no artigo ou reintegrar o empregado.

Quanto à empregada gestante, a garantia vai desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

É preciso, todavia, que a confirmação da gravidez comunicada ao empregador, ainda que seja no momento da despedida, se dê enquanto em vigor o contrato de trabalho, visto que o preceito examinado emprega a preposição "desde", que significa "a começar de" e este começo de contagem do período de garantia deve ocorrer dentro da vigência do contrato. Se a empregada tiver a confirmação da gravidez após o transcurso do prazo de aviso prévio e notificar o ex-empregador, porque de ex-empregador se tratará, o contrato não estará mais em vigor, pois ele terá terminado com o fim do período de aviso prévio, ainda que indenizado.

A garantia de emprego da gestante irá até 5 meses após o parto, isto é, se estenderá por 14 meses. No 13º mês, por exemplo, pode ocorrer nova gravidez, e mais uma vez se inicia a contagem do período de garantia de emprego.

Igualmente com a gestante, deve haver ação judicial dela pedindo sua reintegração, que deve ser concedida pela Justiça, caso o empregador não prove justa causa ou motivo técnico, econômico ou financeiro.

2. **"De jure constituendo"** — O preceito do nº I do art. 7º, como exemplo de artigo constitucional de **eficácia limitada** (4) porque depende de lei complementar, se dirige obviamente, ao legislador. É assim, uma norma programática.

(3) É o que sustenta o advogado José Carlos Arouca in "A Nova Constituição e os trabalhadores", edição do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção Civil de São Paulo, 1988, pg. 67.

(4) Na nomenclatura divulgada entre nós pelo livro "Aplicabilidade das Normas Constitucionais" de José Afonso da Silva, Rev. dos Tribunais, 1968, pg. 109 e segs.

Ainda que se possa sustentar, como o faz José Afonso da Silva, que as normas programáticas condicionam não só a atividade do legislador "mas também da administração e da jurisdição, cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados" (5), não há a menor dúvida de que é ao ato de legislar, segundo os ditames enunciados pela Constituição, que se dirigirá a atenção do jurista, por ser aquele ato o que vai **integrar** a Constituição.

Tanto é verdadeira a importância daquele ato, que o referido autor afirma que "Toras as leis integrativas referidas completam a eficácia das normas constitucionais. São elas instrumentos de aplicação eficiente das normas de eficácia limitada. 12 — Em sentido amplo, todas são leis complementares da Constituição. Nesta acepção lata, **leis complementares da Constituição** são todas as leis que a completem, tornando plenamente eficazes os seus dispositivos ou desenvolvendo os princípios neles contidos" (6).

O legislador ordinário, assim, diante do dispositivo do nº I do art. 7º vai desenvolver os princípios contidos no referido preceito, princípios estes que vamos ajudar a esquadrinhar.

Inicialmente é preciso saber se na interpretação do Direito Constitucional pode-se aplicar os mesmos métodos utilizados para o direito não constitucional. Os especialistas dizem que sim, consoante vemos em Temistocle Martines (7), Carmelo Carbone (8) e José Joaquim Gomes Canotilho (9).

Vamos nos utilizar da **teoria objetivista**, que manda perquirir não a **mens legislatoris** (teoria subjetivista) mas a **mens legis.**

Vejamos a lição de Karl English para compreender bem a **teoria objetivista:** "Com o acto legislativo, dizem os objetivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra. A obra é o texto da lei, a "vontade da lei tornada palavra", o possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei". Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram carácter vinculativo algum. Ao contrário: como qualquer outro, também aquele que participou no acto legislativo fica, de agora em diante, ele próprio, sujeito à lei. Ele tem que se deixar prender pelas próprias palavras e deixar valer e actuar contra si a vontade expressa na lei". "Tudo o que é elemento histórico apenas pode estar subordinado a estes conteúdos objetivos e colocar-se ao seu serviço" (10).

Diante destes esclarecimentos vamos proceder à interpretação do inciso I do art. 7º.

Já sabemos que a parte inicial do inciso I não será objeto de regulamentação pela lei complementar, visto que menciona categorias já conhecidas no Direito do Trabalho brasileiro e já em plena aplicação, quais sejam: relação de emprego, despedida arbitrária e despedida sem justa causa.

Apenas o particípio "protegida", referente à relação de emprego, é preciso explicar.

Protegido(a), segundo Aurélio Buarque de Holanda, é "Que, ou aquele que receba de alguém proteção especial". Ainda, segundo o mesmo autor, **Proteção** é "Abrigo, resguardo". Resguardo é "Tudo que serve para defender, resguardar de perigo ou dano; defesa" (11).

Parece lógico concluir que a relação de emprego **protegida** contra despedida arbitrária ou sem justa causa é a relação de emprego que será mantida (resguardada) no tempo até que haja despedida não arbitrária ou justa causa ou demissão do empregado. Nestas condições, a Constituição sanciona a manutenção da relação de emprego no tempo até que, repita-se, suceder um dos fatos que possibilitem a sua terminação sem arbitrariedade.

A lei complementar, assim, não poderá escapar de declarar a persistência da relação de emprego no tempo nas condições acima explicadas.

---

(5) Ob. cit., na nota anterior, n. 4, pg. 144.

(6) Ob. cit. na nota n. 4, pg. 218.

(7) **In** "Diritto Costituzionale", Milão, Giuffré, 1978, pg. 113.

(8) **In** "Interpretazione delle norme costituzionali". Pádua, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1951, **passim.**

(9) **In** "Direito Constitucional", Coimbra, Livraria Almedina, 1977, pg. 209. Este autor, embora aceite os métodos tradicionais para interpretação da Constituição agrega a eles o que chama de **método tópico,** verbis: "Nesta tentativa de renovação ganha significativo relevo o **método tópico.** O pensamento jurídico-constitucional não é um pensamento **axiomático,** mas um pensamento **tópico,** isto é, esforça-se por encontrar, inventivamente, a resposta para as questões de aplicação do direito controvertidas, através dos **tópoi,** lugares comuns, argumentos, pontos de vista, relevantes para a solução do problema concreto" (pg. 222).

(10) **In** "Introdução ao pensamento jurídico", Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3.ª ed., tradução de J. Baptista Machado, pgs. 140 e 142.

(11) "Novo Dicionário Aurélio", Ed. Nova Fronteira, Rio, 1.ª ed., verbos respectivos.

Diz o inciso I, do art. 7º que a lei complementar "preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Ora, esta **indenização compensatória** que a lei complementar deve dizer como será calculada, não pode ser uma indenização que elimine a "proteção da relação de emprego" porque se o empregado puder perder o emprego em troca de uma indenização não haverá "proteção da relação de emprego" que é, como já vimos, **manutenção** da relação de emprego no tempo.

Ipso facto, se os constituintes pensaram que estariam dizendo que a indenização **compensatória compensaria** (a repetição é proposital) a manutenção da relação de emprego no tempo, eles não disseram, porque estariam negando a referida proteção. Ora, não se pode admitir que um preceito afirme e negue ao mesmo tempo um princípio. Daí que a interpretação do inciso I do art. 7º só pode chegar à conclusão de que a lei complementar deve garantir a manutenção da relação de emprego até que haja justa causa, motivo técnico, econômico ou financeiro, ou demissão do empregado.

A indenização compensatória, assim, será para aquelas hipóteses em que a manutenção da relação de emprego for impossível por fechamento do estabelecimento ou da empresa.

E entre os "outros direitos" que a Constituição diz poder a lei complementar prever, estará, seguramente, a **reintegração no serviço,** na hipótese de o empregador não comprovar a ocorrência de um dos motivos previstos pelo art. 165 da CLT que, como já vimos, foi **recebido** pela nova Constituição. Em conseqüência, havendo despedida sob a alegação de justa causa, motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, o empregado que não aceite a fundamentação alegada para a dispensa pode ingressar com demanda na qual pleiteie a reintegração no emprego e os salários enquanto a obrigação de fazer não for cumprida pelo empregador.